Die Umwandlung

von

Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Aktiengesellschaften.

(Gründe und Verfahren.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

genehmigt

von der juristischen Fakultät

der

Philipps-Universität

zu Marburg.

Von

Walther Hensel

Gerichts-Referendar

z. Zt. am Amtsgericht in Rheinbach bei Bonn a. Rh.

BONN 1923.

Druck von Paul Rost & Co. :: Spezialität: Dissertationen.

Meinem Vater!

Referent: Professor Dr. iur. Merk.

Gliederung.

§ 1. **Allgemeines.**

§ 2. **Unterschiede zwischen G. m. b. H. und A. G.**
- I. in der Form der Beteiligung,
- II. in der Haftung,
- III. in der Organisation,
- IV. in der Bilanzierung,
- V. in der steuerlichen Belastung.

§ 3. **Gründe zur Umwandlung.**
- I. Mobilisierung des Vermögens.
- II. Erbrechtliche Gründe.
- III. Gründe der Finanzierung.

§ 4. **Zum Begriff der „Umwandlung".**

§ 5. **A. Wege zur Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A. G.**
- I. Die Gesellschafter als Sachgründer.
- II. Die Gesellschaft als Sachgründer.
- III. Die Bargründung.
- IV. Die G. m. b. H. als Untergesellschaft.

B. Firmenrechtliches.

§ 6. **Ist die derzeitige gesetzliche Regelung unserer Frage zweckmäßig?**
- I. Geschichtliche Entwicklung der Umwandlungsfrage.
- II. Der heutige Standpunkt des Gesetzes und seine Wirkungen.
- III. Rechtspolitisches.

§ 1.

Es kann demjenigen, der aufmerksam die wirtschaftliche Entwicklung der jüngsten Zeit verfolgt, nicht verborgen geblieben sein, daß auf dem Gebiete der handelsrechtlichen Gesellschaftsformen sich bedeutende Veränderungen vollziehen. Tag für Tag hören und lesen wir von zahlreichen Umwandlungen bestehender Handelsgesellschaften in Aktiengesellschaften, deren Zahl in riesigem Wachstum begriffen ist, ein Wachstum, das auf Kosten anderer Gesellschaftsformen geht; bei einem ganz erheblichen, wenn nicht dem überwiegenden Teil der so neuentstehenden Aktiengesellschaften handelt es sich um ehemalige Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Die aufgezeigte Erscheinung begann im Jahre 1921 und hat im Laufe des Jahres 1922 jene über alles Erwarten plötzliche Entwicklung genommen. Leider war es nicht möglich, diese neueste Entwicklung schon jetzt statistisch zu untersuchen; diese verlockende Aufgabe muß späterer Forschung vorbehalten bleiben. Es sei nur auf die Tatsache hingewiesen, daß nach Ausweis des Statistischen Reichsamts[1]) noch 1921 im Gebiete des Deutschen Reiches nur eine einzige G. m. b. H. wegen Umwandlung in eine A.-G. im Handelsregister gelöscht wurde. Dabei ist zu beachten, daß die Löschung der Firma meist[2]) erst nach Beendigung der Liquidation, mithin nach Ablauf des Sperrjahres erfolgt, sodaß die für das Jahr 1921 gemachten Feststellungen die Entwicklung des Jahres 1920 darstellen. Dies zeigt auch ohne statistische Unterlagen den gewaltigen Unterschied, zwischen der ruhigen Entwicklung früherer Jahre und der stürmischen der jüngsten Zeit. Denn während früher Gesellschaftsumwandlungen immerhin zu den Seltenheiten gehörten, haben wir uns daran gewöhnt, sie heute als etwas Alltägliches zu betrachten.

Aufgabe der vorliegenden Abhandlung soll es sein, die Gründe und das Verfahren bei der Umwandlung der Gesellschaften m. beschr. Haftung in Aktiengesellschaften darzustellen und unter Beachtung ihrer Wirkungen die Stellungnahme des Gesetzes kritisch zu würdigen. Vor Behandlung dieser Aufgabe aber erscheint es zweckmäßig, in kurzen Zügen, und so-

1) Vierteljahrhefte 1922 III S. 52.

2) cf. unten S. 18 f.

weit für unser Thema von Bedeutung, die Unterschiede zwischen einer G. m. b. H. und einer A.-G. zu zeichnen und einander gegenüber zu stellen.

§ 2.

I. Der wesentlichste Unterschied zwischen beiden Gesellschaftsformen liegt in der Art der Beteiligung der Mitglieder. Bei der A.-G. ist das gesamte aufzubringende Grundkapital in Aktien, d. h. eine statutarisch bestimmte Anzahl von Anteilen mit bestimmtem und gleichem Nennwert zerlegt. Jeder Gesellschafter kann von diesen Aktien bei der Gründung eine oder mehrere übernehmen.

Dem Grundkapital der A.-G. entspricht bei der G. m. b. H. das Stammkapital, das zerlegt ist in Stammeinlagen, von denen bei der Gründung jeder Gesellschafter nur eine übernehmen darf, die aber, im Gegensatz zur Aktie, von verschiedener Größe sein können.

Zwecks leichterer Verkehrsfähigkeit des Mitgliedschaftsrechts an der A.-G. hat das Gesetz die mitgliedschaftlichen Rechte des Gesellschafters in der Aktienurkunde verkörpert, die also Wertpapier ist. Während so bei der A.-G. der Wechsel in der Mitgliedschaft nicht gehemmt wird, soll dieser bei der G. m. b. H. nur als Aushilfsmittel dafür dienen, daß den Mitgliedern ein Kündigungsrecht nicht zusteht;[1]) sie können deshalb zwar auf dem Wege der Veräußerung ihrer Geschäfts-Anteile aus der Gesellschaft ausscheiden, aber das Gesetz will verhindern, daß die Geschäfts-Anteile Gegenstand des Handelsverkehrs werden: denn bei der G. m. b. H. soll, im Gegensatz zur A.-G., nach dem Willen des Gesetzes auch die Persönlichkeit der Geldgeber eine gewisse Rolle spielen; die G. m. b. H. ist berufen, die Lücke auszufüllen, die besteht zwischen der rein kapitalistischen A.-G. und den mehr oder minder ausschließlich auf die Person der Mitglieder abgestellten Personalgesellschaften. Aus diesem Grunde ist die Abtretung der Geschäftsanteile der G. m. b. H. dadurch erschwert, das dieselbe nur durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag geschehen kann. Demselben Zwecke entspricht auch, daß die Verfügung über den Geschäftsanteil nicht an eine Urkunde gebunden ist; eine solche hätte, anders wie die Aktienurkunde, nur die Bedeutung eines Beweispapieres.[2])

1) so Pfau S. 33.

2) cf. G. m. b. H. Ges. § 17.

Weiterhin ist hier erwähnenswert, daß das durch die Aktie verkörperte Mitgliedschaftsrecht an der Gesellschaft unbedingt unteilbar ist, während der Geschäftsanteil an einer G. m. b. H. vom Gesetz unter gewissen Voraussetzungen für teilbar erklärt ist.[1])

Infolge des gesetzlich gewollten leichteren Wechsels in der Person der Aktionäre ist das Band, das sie mit der Körperschaft verbindet, ein loseres als bei der G. m. b. H., bei der schon durch die erwähnte Erschwerung der Übertragung der Geschäfts-Anteile eine gewisse Bindung eintritt. Diese Bindung der Gesellschafter kann, und davon wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle Gebrauch gemacht, noch dadurch verschärft werden, daß zu einem Wechsel in der Mitgliedschaft die Zustimmung der Gesellschaft oder aller Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage vereinbart wird. Allerdings ist es unrichtig zu glauben, daß einer A.-G. derartige Bindungsmittel fehlen. So kann die Übertragung von Namensaktien von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden.[2]) Aber die Bindung kann noch inniger gestaltet werden durch Konsortialverträge, ein Mittel, das zur Abwehr der Überfremdungsgefahr heute nicht selten angewandt wird. Eine Reihe von Aktionären, meistens die Gründer, übernehmen mit vielfachem Stimmrecht ausgestattete Vorzugsaktien, die ohne Zustimmung der Gesellschaft nicht übertragbar sind, und verpflichten sich gegenseitig, ihr Stimmrecht stets nur durch einen, von ihnen etwa alljährlich zu wählenden, gemeinsamen Vertreter auszuüben, der seine Weisungen von der Konsortialversammlung erhält. Diese Verabredung hat den Zweck, Stimmzerspitterungen und den damit verbundenen Nachteilen vorzubeugen. Um die durch § 15 des Kapitalverkehrssteuergesetzes vorgesehene Sonderbesteuerung der Vorzugsaktien zu vermeiden, wird das erhöhte Stimmrecht meist auf die Fälle der Besetzung des Aufsichtsrates, der Änderung der Satzung oder der Auflösung der Gesellschaft beschränkt.[3]) Der Zweck der Vorzugsaktien, in wichtigen Fällen den Aktionären einen erhöhten Einfluß zu gewähren, wird auch bei dieser Beschränkung erreicht.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß durch eine derartige Sicherung vor Überfremdung der Kurs der Aktien, den

1) cf. Müller-Erzbach S. 384.
2) cf. HGB. 222 II.
3) K. V. St. G. 15 V.

diese an der Börse oder im freien Verkehr erhalten u. U. etwas herabgedrückt werden kann, wenn auch diese Wirkung nicht überschätzt werden darf. Aber sie wird sogar in aller Regel den so Gesicherten, die ja eben in ihren Aktien Anlage- — nicht Spekulationswerte erblicken, nicht unlieb sein, indem auf diese Weise auch der Kurs, der der Steuerbehörde gegenüber maßgebend ist, niedriger gehalten und damit eine Steuerersparnis erzielt wird.

II. Häufig wird nicht genügend beachtet,[1]) daß auch in dem Umfang der Haftung des Aktionärs und des Gesellschafters der G. m. b. H. ein Unterschied besteht. Zwar ist die Haftung beider beschränkt, aber sie ist bei der G. m. b. H. insofern erweitert, als der Gesellschafter nicht nur für die Einzahlung der von ihm selbst übernommenen Stammeinlage, sondern subsidiär bis zur Höhe des Stammkapitals der Gesellschaft haftet,[2]) also auch für die Stammeinlagen der andern Gesellschafter. Der Zweck dieser, dem Gesetz betr. die G. m. b. H. eigentümlichen Bestimmung ist die Verstärkung der Kreditgrundlage der Gesellschaft. Sie soll die solidarische Haftung der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft einerseits, wie die weitgehende Publizität und die ausgedehnte Haftung der Gesellschaftsorgane und der Gründer bei der A.-G. andrerseits ersetzen.[3]) Diese subsidiäre Haftung des einzelnen Gesellschafters für Einzahlung der Stammeinlagen der übrigen Gesellschafter tritt nach herrschender[4]) u. m. E. richtiger Meinung auch dann ein, wenn infolge einer beschlossenen Erhöhung des Stammkapitals von den bisherigen oder neuhinzutretenden Gesellschaftern neue Stammeinlagen übernommen werden. Denn gibt uns schon der Wortlaut des § 24 G. m. b. H.-Gesetzes nicht das Recht zwischen alten und neuen, oder, wie Staub-Hachenburg und Gierke annehmen, zwischen zustimmenden und überstimmten Gesellschaftern zu unterscheiden, so ist auch der Grund, den diese für ihre Meinung anführen, nicht stichhaltig: Denn wenn sie meinen, daß nach der gegenteiligen Ansicht die ganze Beschränkung der Haftung hinfällig wäre, wenn jedem Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluß eine

1) cf. hierzu Staub-Hachenburg § 24. Einleit.

2) G. m. b. H.-Ges. § 24.

3) so auch Pfau S. 45.

4) so O. L. G. 14, 365 u. R. G. 93, 251. anders Staub-Hachenburg zu § 24 Anm. 16 f. f. u. J. Gierke S. 274 f.

erweiterte Haftung auferlegt werden könne, so übersehen sie dabei, daß die in § 53 des G. m. b. H.-Gesetzes vorgesehene $^3/_4$ Mehrheit dispositives Recht enthält, daß also jeder Gesellschafter sich dadurch sichern kann, daß er bei Aufstellung des Gesellschaftsvertrages für Abänderungsbeschlüsse Einstimmigkeit verlangt.[1])

Im Gegensatz zum Gesellschafter der G. m. b. H. haftet der Aktionär der Gesellschaft stets nur auf Einzahlung seiner eignen, niemals auch für fremde Einlagen.

Darüber hinaus kann die Haftung des Gesellschafters der G. m. b. H. noch dadurch erweitert werden, daß im Gesellschaftsvertrage die Möglichkeit einer Nachschußpflicht festgelegt wird[2]), was bei der A.-G. unmöglich ist.

III. Erheblich sind auch die Unterschiede in der Organisation der beiden Arten von Gesellschaften. Während die Rechtsstellung des Gesellschafters in der G. m. b. H. beliebig gestaltet, und während z. B. einem Einzelnen besonderer Einfluß auf die Verwaltung der Gesellschaft eingeräumt werden kann, ist die Stellung des Aktionärs vom Gesetz genau umrissen. Der Aktionär kann seine Rechte nur in der Generalversammlung wahrnehmen, es können auch einem Aktionär als solchem nicht selbständige Rechte gegeben werden, wodurch er Einfluß auf die Verwaltung der Gesellschaft erhielte.

Auch sonst ist die Organisation der A.-G. in einen festeren Rahmen gefügt wie die der G. m. b. H.: Jede A.-G. muß kraft zwingenden Rechts eine Generalversammlung, einen Vorstand und einen Aufsichtsrat haben,[3]) während die G. m. b. H., als juristische Person, nur d e s Organs zwingend bedarf, das sie nach außen vertritt, der Geschäftsführer. Ob ein Aufsichtsrat bestellt werden soll, hat das Gesetz dem Gesellschaftsvertrag anheim gegeben.

In diesem Zusammenhang muß auf die Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes § 70 und des Gesetzes über die Entsendung von Mitgliedern des Betriebsrates in den Aufsichtsrat vom 15. II. 1922 hingewiesen werden. Diese Gesetze bestimmen, daß ein oder zwei Betriebsratmitglieder in einem etwa vorhandenen Aufsichtsrat Sitz und Stimme haben. Da unter Auf-

---

1) worauf O. L. G. 14, 365 mit Recht hinweist.
2) G. m. b. H. § 26.
3) HGB. § 231, § 243, § 250.

sichtsrat i. S. dieser Gesetze nur das vom Gesetz so bezeichnete Kontrollorgan zu verstehen ist,[1]) so können Gesellschaften m. beschr. Haftung dieser Bestimmung entgehen, indem sie ein solches Organ nicht einführen bezw. ein vorhandenes abschaffen. Aber auch Aktiengesellschaften haben Mittel, unangenehm empfundenen Eingriffen der Betriebsratsmitglieder zu entgehen, indem der Aufsichtsrat eben auf seine Stellung als Kontrollorgan beschränkt wird und ihm nicht so zahlreiche Verwaltungsbefugnisse übertragen werden, wie das mehr und mehr üblich wurde. Die unumgänglich nötige Verwaltungstätigkeit des Aufsichtsrates wird infolge der erwähnten gesetzlichen Vorschriften heute vielfach einem oder mehreren aus seiner Mitte zu wählenden geschäftsführenden Mitgliedern übertragen, so daß der Aufsichtsrat selbst sich nur mit einer etwaigen nachträglichen Genehmigung der Maßnahmen der geschäftsführenden Mitglieder zu befassen hat.

Eine weitere Besonderheit der A.-G. besteht in dem verstärkten gesetzlichen Minderheitsschutz[2]), der weit über denjenigen des Gesetzes betr. die G. m. b. H.[3]) hinaus geht.

IV. Wie in der Organisation so ist auch in der Bilanzierung die G. m. b. H. freier gestellt wie die A.-G.[4]); letztere muß einen gesetzlichen Reservefonds bilden, worin der G. m. b. H. völlige Freiheit gelassen ist. Und während HGB. § 265 die A.-G zur Veröffentlichung ihrer Bilanz verpflichtet, kennt das Gesetz für die G. m. b. H. einen derartigen Zwang im allgemeinen nicht.[5]) Es kann nicht bezweifelt werden, daß hierin ein Vorteil der G. m. b. H. liegt, wenn auch die Nachteile, die für die A.-G. in dieser Veröffentlichungspflicht liegen, — etwa dadurch, daß der Konkurrenz Einblick in ihre Vermögensverhältnisse gewährt wird, — in der Praxis nicht sehr stark empfunden werden.

V. Es bleibt noch ein kurzer vergleichender Blick zu werfen auf die steuerliche Behandlung, die A.-G. und G. m. b. H. erfahren. Beide unterliegen dem Körperschaftssteuergesetz, das vom steuerbaren Einkommen der Gesellschaft 20% als Körperschaftssteuer festsetzt. Hierzu kommt ein Zuschlag von 15% für diejenigen Beträge, die als Gewinnanteile irgendwelcher Art

1) so auch Z. f. A.-G. 1922 S. 976.
2) festgelegt in den §§ 254, 266, 268 HGB.
3) G. m. b. H.-Ges. § 50, 61, 66 II.
4) cf. G. m. b. H.-Ges. § 42 und HGB. §§ 261 und 262.
5) cf. aber G. m. b. H.-Ges. § 41, IV.

verteilt werden. Infolgedessen unterliegt sowohl der Aktionär wie der Gesellschafter der G. m. b. H. der sog. Doppelbesteuerung, indem einmal die Gesellschaft mit ihrem Einkommen nach dem Körperschaftssteuergesetz und dann der Gesellschafter mit dem aus der Gesellschaft bezogenen Einkommen steuerpflichtig ist, wobei jedoch gewisse Milderungen vom Gesetz vorgesehen sind. Der einzige Unterschied in steuerlicher Hinsicht zwischen beiden Gesellschaftsformen liegt darin, daß die Kapitalerträge aus kleinen Gesellschaften m. beschr. Haftg., d. h. solchen, deren Stammkapital eine gewisse Höhe nicht übersteigt, oder bei denen nicht mehr als drei Gesellschafter beteiligt und zu Geschäftsführern nur Gesellschafter bestellt sind, nicht zur Kapitalertragsteuer herangezogen werden.[1])

Es ist also fest zu stellen, daß in Bezug auf die steuerliche Belastung zwischen A.-G. und G. m. b. H., von der genannten Ausnahme abgesehen, irgendwelche Unterschiede nicht bestehen, und daß jedenfalls die Form der A.-G. nicht um steuerlicher Vorteile gewählt und damit Anlaß zur Anwendung des § 5 der Reichsabgabenordnung nicht gegeben sein wird.

§ 3.

Forschen wir nun nach den für die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. maßgebenden Gründen, so werden wir derer verschiedene Gruppen zu unterscheiden haben.

Es ist eine bekannte Tatsache, daß Gewerbetreibende, vor allem Industrielle vielfach ihr gesamtes Vermögen in ihrem Geschäft festgelegt haben, ein Umstand, der für sie lästig und auch gefährlich werden kann. So wird man bei ihnen häufig das Bestreben finden, Teile ihres Vermögens aus dem Unternehmen heraus zu ziehen, sei es, um für Privatzwecke flüssige Mittel in die Hand zu bekommen, sei es, um das Risiko zu vermindern, daß dadurch, daß das gesamte Vermögen in einem einzigen Betriebe steckt, ein besonders großes ist. Aber auch dann, wenn der alternde Gesellschafter sich vom Geschäftsleben zurückziehen will, kann er vielfach, vor allem in Zeiten stetiger Währungsverhältnisse, ein Interesse daran haben, sein Vermögen oder Teile desselben in sicheren Rentenpapieren anzulegen: dies wird vor allem dann zutreffen, wenn in der Gesellschaft sein ganzes Vermögen steckt; denn hier wird er die Ge-

1) Kap.-Ertr.-St.-Ges. § 3, Ziffer 5.

schäftsführung nur ungern einem ihm vielleicht fernstehenden Dritten überlassen.

In allen diesen Fällen wird es günstig sein, die G. m. b. H. zuvor in eine A.-G. umzuwandeln. Denn wie schon Käufer für Geschäftsanteile an einer G. m. b. H. überhaupt sich nicht ohne Weiteres finden lassen, so ist es in aller Regel unmöglich, Teilbeträge eines Gesellschaftsanteils an Dritte abzustoßen. Ganz anders wenn das Unternehmen die Rechtsform der A.-G. erhält. Hier kann der ehemalige Gesellschafter seine Beteiligung an dem Unternehmen beliebig vermindern und sich dennoch durch Eintritt in den Vorstand oder Aufsichtsrat maßgebenden Einfluß sichern.

Eine zweite Gruppe von Gründen, die allein oder gemeinsam mit andern für die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. ausschlaggebend sein können, beruht auf erbrechtlichen Erwägungen. Wenn mehrere Erben vorhanden sind, vor allem dann, wenn einzelne einen andern Beruf haben wie der Erblasser, wird sich die Form einer G. m. b. H. oft als unzweckmäßig erweisen: denn diese Erben werden in ihrer Vermögensverwaltung abhängig von einem oder mehreren Geschäftsführern, deren Tätigkeit ihnen vielleicht mangels kaufmännischer Erfahrung undurchsichtig bleibt. Die A.-G. sichert hier eine gleichmäßige Behandlung und gibt auch, worauf schon oben hingewiesen wurde, eine Minderheit stärkeren Schutz.

Schwerwiegender noch als der vorstehend angeführte Grund für die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. wirkt die Tatsache, daß mit dem Erbfall plötzlich eine starke steuerliche Belastung der Erben auf Grund der sehr hohen Sätze des Erbschaftssteuergesetzes eintritt. Steckt nun, wie das nicht selten der Fall zu sein pflegt, das gesamte Vermögen des Erblassers in der G. m. b. H., so ist es damit äußerst schwer beweglich geworden, denn wie schon erwähnt, ist es in der Praxis durchaus nicht leicht, Käufer für Gesellschaftsanteile oder gar deren Teilbetrage zu finden. So wird dem Erben nichts anderes übring bleiben, als, mindestens bis er einen Käufer gefunden hat, Bankkredit zur Tilgung seiner Steuerschuld in Anspruch zu nehmen. Bei den hohen Zins- und Provisionssätzen, die heute im Bankverkehr üblich sind, wird in in der Mehrzahl der Fälle dem Erben hierdurch ein großer Verlust entstehen.

Anders, wenn der Erblasser Aktienbesitz hinterläßt. Hier wird der Erbe von der jederzeit bestehenden Möglichkeit, sich

durch Verkauf von Aktien sofort flüssige Mittel zu verschaffen, Gebrauch machen, wenn nicht einer der seltenen Fälle vorliegt, wo es ihm zweckmäßig erscheint, Bankkredit in Anspruch zu nehmen, weil etwa die Gesellschaft so günstig arbeitet, daß ihm, selbst nach Abzug der Kreditkosten, von der Dividende noch ein Überschuß verbleibt.

III. Weitaus die häufigste Ursache für die Umwandlung einer G. m b. H. in eine A.-G. aber ist die durch die katastrophale Geldentwertung der Nachkriegszeit hervorgerufene Kapitalknappheit gewerblicher Unternehmungen. Neben diesem Grunde spielen die in den beiden vorhergehenden Gruppen ausgeführten Gründe kaum eine selbständige Rolle mehr, wenn sie auch in vielen Fällen die Neigung zur Umwandlung verstärken.

Die Geldentwertung und der damit um das Vielfache erhöhte Kapitalbedarf gewerblicher Unternehmungen zwingt diese, schon um nur den bisherigen Umsatz beizubehalten, vielmehr noch um ihn zu vergrößern, sich neues Kapital zu verschaffen. Bei der G. m. b. H. wäre der am nächsten liegende und auch vom Gesetz vorgesehene[1]) Weg hierzu eine Erhöhung des Stammkapitals. Dies kann einmal dadurch geschehen, daß die Gesellschafter weitere Stammeinlagen machen und so weitere Geschäftsanteile erwerben. In der Mehrzahl aller Fälle aber hält die Kapitalkraft der Gesellschafter der Geldentwertung und dem damit verbundenen steigenden Kapitalhunger der Gesellschaft nicht stand. Sie sehen sich gezwungen, fremdes Kapital aufzunehmen. Da käme dann der andere vom Gesetz vorgesehene Weg in Frage, nämlich die Aufnahme neuer Gesellschafter. Aber gerade hiervor werden die Gesellschafter meist zurückschrecken. Ganz abgesehen davon, daß solche neuen Gesellschafter nicht ohne Weiteres zu finden sind, will und erreicht das Gesetz, wie in § 2 dargelegt, bei der G. m. b. H. ein engeres persönliches Verhältnis zwischen den Gesellschaftern. Die G. m. b. H. ist eben nicht reine Kapitalgesellschaft, sondern auf die persönliche Fühlungnahme der Gesellschafter abgestellt. Dies wird in vielen Fällen den Entschluß der bisherigen Gesellschafter, einen neuen aufzunehmen, erschweren, wenn nicht sogar eine Einigung überhaupt verhindern. Weiter tritt hemmend hinzu, daß die subsidiäre Haftung des einzelnen Gesellschafters bis zur Höhe des Stammkapitals[2]) sie in der Auswahl neuer Gesellschafter zu ganz besonderes Vorsicht mahnt.

1) G. m. b. H.-Ges. § 55. 2) siehe oben S. 8 f.

Möglich wäre für die G. m. b. H. auch noch die darlehnsweise Inanspruchnahme fremden Kapitals. Aber ganz abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, die sich einem derartigen Versuch entgegen stellen und davon, daß die Gesellschaft stets mit der Möglichkeit einer Kündigung des Darlehns rechnen muß, bedeutet dieser Weg eine dauernde finanzielle Belastung der Gesellschaft, da die Beschaffung von Kredit in der heutigen kapitalknappen Zeit recht kostspielig ist. Eine solche Belastung bildet zudem stets ein Gefahrmoment für das Unternehmen, insbesondere dann, wenn eine rückläufige Konjunktur eintritt. Diese Tatsachen zwingen jedes Unternehmen darauf hin zu wirken, daß seine Abhängigkeit von fremden Mitteln möglichst gering ist, und daß es den derzeitigen sowie den etwa zu erwartenden erhöhten Umsatz aus eigenen Mitteln bestreitet.

Durch Umwandlung in eine A.-G. werden alle diese Schwierigkeiten der G. m. b. H. behoben. Es eröffnet sich der Gesellschaft damit die Möglichkeit, für ihre Zwecke den Kapitalmarkt der Börse in Anspruch zu nehmen, es wird die Gefahr umgangen, die in der Aufnahme von Darlehen liegt, indem die Gesellschaft mit eigenen Mittteln zu arbeiten in der Lage ist, ohne daß darum die bisherigen Gesellschafter zu fürchten hätten, daß sie ihres Einflusses auf das Unternehmen verlustig gingen. Es ist oben[1]) gezeigt worden, daß den Gesellschaftern Mittel in die Hand gegeben sind, sich durch vinkulierte Vorzugsaktien und die oben näher beschriebene Art von Konsortialverträgen vor Überfremdung zu schützen.

Dazu kommt ein weiterer Vorteil der A.-G. Es ist, zumal in Zeiten mit derart schwankenden Währungsverhältnissen wie heute, unmöglich, ohne wenigstens zeitweiligen Bankkredit zu arbeiten. Die G. m. b. H. wird hier immer größere Schwierigkeiten zu überwinden haben wie die A.-G., deren Geschäftsverhältnisse an und für sich schon allein durch die gesetzlichen Veröffentlichungspflichten dem Außenstehenden bekannter sind, und in deren Aufsichtsrat vielleicht ein Vertreter einer Bank Sitz und Stimme hat.

§ 4.

Wenn wir uns mit der Frage nach dem „Wie“ der Umwandlung von Unternehmungen befassen wollen, so müssen wir uns zunächst darüber klar werden, was unter dem Begriff der

1) siehe S. 5f.

Umwandlung überhaupt zu verstehen ist. Mit Recht weist Lehmann[1]) darauf hin, daß die wirtschaftliche von der rechtlichen Umwandlung zu unterscheiden sei. Eine wirtschaftliche Umwandlung liegt z. B. vor, wenn das Unternehmen seinen Gegenstand ändert, wenn es neue Arbeitsgebiete in seinen Tätigkeitskreis zieht und sich damit ausdehnt oder wenn es bisher betriebene Zweige zu pflegen aufhört. Eine derartige wirtschaftliche Umwandlung wird sicher in mancher Hinsicht auch juristisch bedeutsam werden, ohne damit zur rechtlichen Umwandlung zu werden, die uns hier allein interessiert. Rechtliche Umwandlung bedeutet vielmehr Veränderung der Unternehmungsform, wobei unter Unternehmungsform „die rechtliche Ausprägung eines handelsgewerblichen Unternehmens“[2]) zu verstehen ist.

Der Fülle von Unternehmungsformen, durch die das deutsche Recht sich auszeichnet und durch die es dem Unternehmertum für alle möglichen Fälle eine dem Bedürfnis genügende Rechtsform zur Verfügung zu stellen bemüht ist, entspricht nicht die starre Scheidung zwischen den einzelnen Formen. Ihre Folge ist, daß, wenn einmal eine Form gewählt ist und ein Übergang zu einer anderen nötig erscheint, sei es, weil die gewählte von vornherein nicht passend war, sei es, weil die Umstände, die zu ihrer Wahl führten sich nachträglich geändert haben, dieser Übergang nur auf dem langwierigen kostspieligen und oft genug auch dem Unternehmen nicht unschädlichen Wege der Auflösung des alten und der Gründung eines neuen Unternehmens geschehen kann. Nur in Einzelfällen hat das Gesetz diesen Umwandlungsprozeß vorgesehen und mehr oder minder erleichtert. So haben wir heute mit Lehmann[3]) bei der Frage der Änderung der Rechtsform eines Unternehmens mit juristischer Persönlichkeit drei verschiedene Arten der gesetzlichen Behandlung zu unterscheiden:

1. Die Rechtsform des Unternehmens ändert sich, ohne daß jedoch die „Rechtssubjektivität“ davon in Mitleidenschaft gezogen wird: Diese Fälle werden so behandelt, als läge eine bloße Änderung der Verfassung eines und desselben Rechtssubjekts vor. Auf diesem Standpunkt steht das Gesetz bei der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine

---

1) Z. H. R. 50, 1.
2) Lehmann a. a. O. S. 5.
3) a. a. O. S. 42 f.

A.-G.[1]), einer Genossenschaftsform in eine andere[2]). (Veränderung in der Haftung der Mitglieder.)

2. Das Rechtssubjekt wird ein anderes, indem das alte untergeht und ein neues entsteht; aber die Rechtsnachfolge ist vereinfacht: Das neue Unternehmen tritt mit einem Schlage an die Stelle des alten in dessen Vermögen und Schulden ein kraft Gesamtrechtsnachfolge: das neue Unternehmen ist „Erbe", und zwar unbeschränkt haftender Erbe des alten. Dies ist die gesetzliche Regelung bei der Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H.[3]), bei der Fusion und bei der Verstaatlichung von Aktien- oder Aktienkommandit-Gesellschaften falls die Liquidation vereinbarungsgemäß ausgeschlossen ist[4]).

3. Der Wechsel der Unternehmungsform wirkt als solcher weder auf das Vermögen noch auf die Schulden ein, vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze des BGB. und HGB. Für die Haftung ist hier zu unterscheiden:

Übernimmt die neue Gesellschaft das ganze Vermögen der aufzulösenden, so tritt nach 419 BGB. kumulative Schuldübernahme des neuen Unternehmens ein.

Übernimmt die neue Gesellschaft nicht nur das gesamte Vermögen, sondern führt sie auch die Geschäfte unter der alten Firma fort, so haftet sie nach § 25 HGB. ebenfalls neben der alten Gesellschaft für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten. Fortführung der Firma liegt auch dann vor, wenn die übernehmende Gesellschaft den gesetzlich vorgeschriebenen Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Gesellschaft mit beschr. Haftung" der alten Firma streicht und ihren eigenen anfügt.[5]) Daneben werden meist die Voraussetzungen des § 419 BGB. vorliegen und eine Haftung auch aus ihm begründet sein.[6])

Liegen weder die Voraussetzungen des § 25 I HGB. noch die des § 419 BGB. vor, — ein hier kaum praktisch werdender Fall, — so haftet die neue Gesellschaft nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt; als solchen hebt das Gesetz[7])

1) § 332 HGB., vergl. aber Anm. 1 auf S. 27.
2) § 143 Gen.-Ges.
3) § 80 G. m. b. H.-Ges.
4) HGB. §§ 304, 306.
5) so R. G. i. „Recht" 09, Nr. 2517.
6) so auch Staub zu § 25 Anm. 21a. u. R. G. 69, 290; 71, 377.
7) HGB. 25 III.

vor allem handelsübliche Kundmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten hervor.

Diese letztere Form der Behandlung gibt überall da, wo das Gesetz eine anderweitige Regelung nicht vorgenommen hat, also auch in unserm Falle der Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. Alle Versuche, unsern Fall etwa entsprechend dem des in § 80 G. m. b. H.-Gesetz geregelten zu behandeln, müssen scheitern: denn es handelt sich bei den unter 1 u. 2 erwähnten Formen der Umwandlung um vom Gesetz besonders geregelte Ausnahmefälle, die der entsprechenden Anwendung unfähig sind.[1])

Mit Recht könnte man einwenden, ob der Ausdruck „Umwandlung" denn überhaupt noch gerechtfertigt sei, wo er so verschiedene rechtliche Konstruktionen begreife. Aber das Gesetz selbst bezeichnet alle genannten Formen gleichmäßig mit diesem Worte[2]) und auch wir werden uns, da sich ein anderer fester Sprachgebrauch bisher nicht gebildet hat,[3]) seiner Ausdrucksweise anzuschließen haben, indem wir unter Umwandlung nichts weiter verstehen „als die Verwendung des Vermögens einer Gesellschaft seitens der bisherigen Beteiligten zu einer neuen unter ihnen stattfindenden gesellschaftlichen Bildung, — die Übertragung der Gesellschaftssubstanz in eine neue Form".[4])

§ 5.

A. Wir haben im vorhergehenden § erwähnt, daß das Gesetz irgendwelche besonderen Vorschriften für die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. nicht gegeben hat, und daß auch eine sinngemäße Anwendung von Vorschriften, die das Gesetz für andere Umwandlungsfälle gegeben hat, vor allem des § 80 G. m. b. H.-Gesetz nicht möglich ist. Nur durch den Doppelprozeß der Auflösung der G. m. b. H. und der Neugründung einer A.-G. kann in unserm Falle das erstrebte Ziel erreicht werden. Wenden wir uns nun den Formen zu, in denen diese Umwandlung in der Praxis vor sich geht.

---

1) so auch O. L. G. 9, 246 u. K. G. J. 15, 39.

2) vergl. HGB. § 332, Gen. Ges. 143, G. m. b. H.-Ges. § 80. HGB. § 307 „aufgelöst".

3) Wieland I S. 795.

4) Wiener Z. H. R. 27, 333 u. R. G. in J. W. 1910 S. 720.

I. Der von der Praxis offenbar am häufigsten beschrittene Weg ist der, daß die Gesellschafter der G. m. b. H. Aktien zeichnen und ihre Geschäftsanteile dafür als Sacheinlagen einbringen. In der Mehrzahl aller Fälle, vor allem bei gesicherten Unternehmungen, werden die Geschäftsanteile einen den Nennwert übersteigenden Kurswert haben, so daß die Gesellschafter einen den Betrag des Nennwerts ihrer Geschäftsanteile übersteigenden Gegenwert erhalten können.

Zu beachten ist, daß diese Form der Gründung sich als Sachgründung („qualifizierte Gründung") darstellt, auf die die Vorschriften betr. Festsetzung der für die Sacheinlagen zu gewährenden Gegenleistungen in Aktien im Gesellschaftsvertrage[1]), des sich über die Sacheinlagen äußernden Gründungsberichts[2]), der Prüfung des Gründungshergangs durch Handelskammer-Revisoren[3]) und der Gründerhaftung[4]) Anwendung finden: Denn Sacheinlage ist alles, was nicht in bar eingezahlt wird, und geeigneter Gegenstand zu solcher Sacheinlage ist „jeder Wertgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann".[5])

Mit der Übertragung aller Geschäftsanteile der G. m. b. H. durch deren Gesellschafter an die A.-G. wird diese alleinige Inhaberin der G. m. b. H. — beide juristischen Personen bestehen jedoch völlig selbständig nebeneinander, — und beschließt als solche deren Auflösung und Übertragung ihres Vermögens an sich selbst. Diese Übertragung des Vermögens kommt einer Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter gleich,[6]) da ja die A.-G. der einzige Gesellschafter ist; eine solche darf jedoch nach § 73 G. m. b. H.-Ges. nicht vor Ablauf des Sperrjahres erfolgen.

Aber eine vor Ablauf des Sperrjahres erfolgende Verteilung des Vermögens ist nicht ungültig und kommt in der Praxis offenbar nicht selten vor;[7]) eine Verletzung der in § 73 G. m. b. H.-Ges. enthaltenen Vorschriften hat nur zu Folge, daß dann die A.-G, die als — einzige — Gesellschafterin gesetzwidrige Leistungen aus dem Vermögen der G. m. b. H.

1) HGB. § 186 II.
2) HGB. § 191.
3) HGB. § 192 II.
4) HGB. § 202.
5) Mot. z. Aktienges. v. 1884 I 151.
6) so Dorst S 457.
7) Dorst 457, Staub-Hachenburg § 80 Anm. 46.

erhalten hat, dieser auf Rückzahlung haftet;[1]) neben der A.-G. haften die Liquidatoren.[2])

Diese Übertragung des Vermögens an die A.-G. vor Ablauf des Sperrjahres hat für sie den Vorteil, daß damit alle laufenden Geschäfte auf sie übergehen, was besonders dann erwünscht ist, wenn das Unternehmen ohne Unterbrechung oder Störung weiter arbeiten soll. Übrigens genügt es zu diesem Zwecke auch, wenn der A.-G. einstweilen die Leitung des Handelsgeschäfts der G. m. b. H. mit dessen Nutzungen übertragen wird; es liegt dann ein, im § 22 HGB. vorgesehenes, dem Nießbrauch oder Pachtrecht ähnliches Verhältnis vor. Nach Ablauf des Sperrjahres wird das Geschäft dann auf die A.-G. zu Eigentum übertragen.[3])

Wenn auch die verschärfte Haftung, die aus der Verletzung der Vorschriften des § 73 G. m. b. H.-Ges. sich ergibt, kaum von Bedeutung sein wird, so könnte sie doch auch noch dadurch vermieden werden, daß die A.-G. der G. m. b. H. ihr gesamtes Vermögen abkauft und sich übertragen läßt; hierfür würde in den Büchern der G. m. b. H. die A.-G. mit dem Preise belastet, in den Büchern der A.-G. die Schuld an die G. m. b. H. unter die Passiva eingesetzt.[4]) Da im Gegensatz zur A.-G.[5]) die Veräußerung des gesamten Vermögens bei der G. m. b. H. deren Auflösung nicht kraft Gesetzes zur Folge hat, bedarf es hierzu noch eines besonderen Gesellschafter-Beschlusses.[6]) Dann würde die Verteilung des Vermögens der der G. m. b. H., das nunmehr nur noch in der Forderung gegen die A.-G. besteht, nach Ablauf des Sperrjahres erfolgen, wo dann Konsolidation bei der A.-G. durch Zusammentreffen von Schuld und Forderung einträte. Jedoch wäre bei dieser Form zu beachten, daß sie sich meist als Nachgründung[7]) darstellen und damit deren erschwerenden Bestimmungen unterliegen würde. Warum diese Form in der Praxis ungebräuchlich ist, soll weiter unten[8]) gezeigt werden.

Betrachten wir nun kurz die einschlägigen steuerrecht-

---

1) G. m. b. H.-Ges. §§ 30, 31.
2) G. m. b. H.-Ges. § 73 III.
3) Dorst 457.
4) allerdings wäre hierbei 419 BGB. zu beachten.
5) HGB. § 303.
6) Staub-Hachenburg zu § 80 Anm. 46.
7) §§ 207, 208 HGB.
8) siehe S. 20 f.

lichen Bestimmungen. Für das Einbringen der Geschäftsanteile an der G. m. b. H. durch die Gesellschafter ist die Gesellschaftssteuer gemäß Kapital-Verkehrs-Steuer-Gesetz § 6a zu entrichten, die in Höhe von $7^1/_2$ % des Gründungskapitals der A.-G. erhoben wird.[1])

Ist die G. m. b. H. Eigentümerin von Grundstücken, so wird mit der Vereinigung aller Anteile dieser G. m. b. H. in der Hand der A.-G. als einziger Gesellschafterin die Grunderwerbssteuer mit 4 % vom gemeinen Wert der Grundstücke fällig.[2]) Das Gesetz stellt also die Vereinigung aller Anteile einer Gesellschaft dem Übergang des Eigentums an den der Gesellschaft gehörenden Grundstücken gleich, d. h. es soll so angesehen werden, als ob dadurch das Eigentum an den Grundstücken selbst auf den Erwerber aller Anteile übergegangen sei, da dieser ja rechtlich wie tatsächlich in der Lage ist, über die Grundstücke nunmehr wie ein Eigentümer zu verfügen.[3]) Zweck dieser immerhin auffallenden Gesetzesbestimmung ist, Umgehungen des Grunderwerbssteuergesetzes durch Gründung von Gesellschaften mit beschr. Haftung zwischen Erwerber und Veräußerer eines Grundstücks und nachfolgende Vereinigung aller Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers zu unterbinden.[4]) Doch geht diese Vorschrift insofern weiter als die allgemeinen Umgehungsvorschriften (vor allem R. A. O. § 5), weil die Steuerpflicht hier auch eintritt, wenn die Form der G. m. b. H., wie in unserm Falle, nicht zur Steuerumgehung gewählt wurde.[6])

Aus diesem Zweck des Gesetzes folgt, daß der alleinige Gesellschafter, wenn er das Eigentum an den Grundstücken nachträglich auf sich selbst überträgt — also bei Übertragung der einzelnen Vermögensstücke von der G. m. b. H. auf die A.-G. — nicht nochmals die Grunderwerbssteuer zu entrichten hat.[6])

Da die Überlassung des Vermögens der G. m. b. H. gegen Aufgabe der Gesellschaftsrechte der A.-G. an jener erfolgt, so dürfen nach Kapitalverkehrssteuer-Gesetz § 84 die Länder die Übertragung des beweglichen Vermögens weder mit einer

1) K. V. St. G. § 11 I.
2) Gr. Erw. St. G. § 3.
3) R. F. H. 7, 145.
4) cf. R. F. H. 5, 248.
5) so Ball S. 225.
6) cf. R. F. H. 7, 145.

Landessteuer noch mit einem Landesstempel belegen. Hierin liegt wohl neben der bereits erwähnten Tatsache, daß sie als Nachgründung den vom Gesetz für diese festgelegten erschwerenden Bestimmungen unterliegen würde und daß durch ein, dem § 22 HGB. entsprechendes Verhältnis zwischen A.-G. und G. m. b. H. auf einfacherem Weg dasselbe Ziel erreicht wird, der Grund dafür, daß die oben auf S. 19 erörterte Form in der Praxis ungebräuchlich ist. Bei dieser Form verkauft die G. m. b. H. vor Ablauf des Sperrjahres ihr ganzes Geschäft an die A.-G., während mit der Verteilung des Vermögens, das nunmehr nur noch in der Forderung gegen die A.-G. besteht, bis zum Ablauf des Sperrjahres gewartet wird: Hier geschieht die Überlassung des Geschäfts der G. m. b. H. an die A.-G. eben nicht gegen Aufgabe der Gesellschaftsrechte der A.-G., sondern sie bleibt auch weiterhin — einzige — Gesellschafterin der in Liquidation befindlichen G. m. b. H.

II. Der 2. Weg, der sich, allerdings seltener wie der unter I beschriebene, in der Praxis findet ist der, daß die G. m. b. H. soviel Aktien zeichnet, als ihrem Reinvermögen entspricht und dies als Sacheinlage in die A.-G. einbringt. Im Verhältnis nach innen bedürfen die Geschäftsführer zu diesem Schritt der Genehmigung der Gesellschafter-Versammlung. Hier erscheint also die G. m. b. H. als juristische Person als einer von den Gründern, deren das Gesetz mindestens 5 verlangt.[1]) Die übrigen 4 Gründer werden häufig nur zur Erfüllung der gesetzlichen Form herangezogen, möglicherweise sind es die Gesellschafter der G. m. b. H. selbst. Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Sachgründung; die den unter I.[2]) angeführten Gesetzesbestimmungen unterliegt.

Die G. m. b. H. erhält als Gegenwert für ihr eingebrachtes Vermögen Aktien der neugegründeten A.-G. Diese bilden dann ihr einziges Vermögen. Sie beschließt ihre Auflösung und verteilt die Aktien unter die Gesellschafter als Liquidationserlös. Wie immer, so muß auch hier nach G. m. b. H.-Gesetz § 73 der Ablauf des Sperrjahres abgewartet werden, widrigenfalls die Gesellschafter der Gesellschaft auf Rückzahlung haften;[3]) neben ihnen haften die Liquidatoren.[4])

1) HGB. § 182 I.
2) S. 18.
3) G. m. b. H.-Ges. § 31.
4) G. m. b. H.-Ges. § 73 IV.

Hierin liegt wohl auch der Grund dafür, daß dieser Weg der Umwandlung von der Praxis seltener als der unter I. beschriebene beschritten wird, bei dem die Gesellschafter unmittelbar die Verfügung über ihre Aktien erhalten. Denn will man in unserm Fall die Verletzung des § 73 G. m. b. H.-Gesetz vermeiden, so kommen die Gesellschafter frühestens nach Ablauf des Sperrjahres, das mit der Bekanntmachung der Auflösung der G. m. b. H. und der Aufforderung an die Gläubiger ihre Ansprüche anzumelden zu laufen beginnt,[1]) in den Besitz ihrer Aktien und damit erst von da an in den Genuß der für sie aus der Umwandlung sich ergebenden Vorteile und Rechte. (Verkauf von Aktien, persönliche Ausübung des Stimmrechts.).

Für die Einbringung ihres Vermögens durch die G. m. b. H. in die A.-G. ist die Gesellschaftssteuer in Höhe von $7^1/_2$ % zu entrichten.[2]) Bei Grundstücken wird außerdem die Grunderwerbssteuer mit 4% fällig.

III. Zahlreich sind die Fälle, wo die Umwandlung von Gesellschaften mit beschr. Haftung in Aktiengesellschaften in der Weise versucht wird, daß eine reine Bargründung gemacht und erst nach Eintragung der A.-G. im Handelsregister die umzuwandelnde G. m. b. H. von der A.-G. übernommen wird, ohne daß dabei die für die Übernahme in § 186 II HGB. gegebenen Vorschriften beachtet werden. Zweifellos geschieht dies seitens der Gründer oft in gutem Glauben, da sie über die gesetzlichen Bestimmungen nicht eingehend genug unterrichtet sind und nur das Bestreben haben, auf möglichst einfachem und raschem Wege ihr Ziel zu erreichen. Aber es kann sich dabei auch um absichtliche Umgehungen des Gesetzes handeln, indem die Gründer zu vermeiden wünschen, daß durch die in 186 II HGB. vorgeschriebene Aufnahme von Sacheinlagen oder — Übernahmen in den Gesellschaftsvertrag oder durch den Prüfungsbericht der nach § 192 II HGB. für diesen Fall zu bestellenden Revisoren die Öffentlichkeit Kenntnis erhält von Dingen, die man ihr gerne vorenthalten möchte. Die Gefahr, daß auf diesem Wege zweifelhafte Gründungen zustande kommen und dem Wirtschaftsleben durch sie schwere Schädigungen drohen, liegt nahe. Die Erfahrungen aus den „Gründerjahren“ des vorigen

1) G. m. b. H.-Ges. § 73 I.
2) K. V. St. G. §§ 6a u. 11 I.

Jahrhunderts, die den Anlaß zu den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen gaben, mahnen zu besonderer Vorsicht. Darum hat das Gesetz die Wahl dieser Form der Umwandlung verboten und sie mit Nachteilen straf- und zivilrechtlicher Art bedroht: Die Nichtangabe einer wirklich getroffenen in der Satzung nicht aufgenommenen Abmachung auf Übernahme, kann ein strafbarer Verstoß gegen HGB. § 313 Z. 1. sein, der mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bestraft wird.[1]) Außerdem sind solche Verträge, wenn sie nicht der Form des § 186 II HGB. genügen, nichtig.[2]) Der Zweck dieser scharfen Bestimmungen ist der, Umgehungen der im Interesse des Verkehrs wie der Gesamtheit der Aktionäre getroffenen Maßnahmen zu verhindern. „Würde es gestattet sein, im Zustand der Gründung derartige Abreden zu treffen und später, nachdem die Gründung geschehen, die vorher getroffenen Abreden ohne die durch das Gesetz geforderten Schutzmaßregeln durchzuführen, so wäre der Zweck des Gesetzes vereitelt. Eine Vereinbarung des Inhalts, daß eine Bargründung beschlossen wird, während in Wirklichkeit eine Einbringung oder Übernahme bereits fest vereinbart ist, ist eine Umgehung des Gesetzes und widerspricht dem § 186 HGB.; sie macht das Geschaft der Gesellschaft gegenüber nichtig".[3])

Die Verhinderung der Umgehung der in § 186 II HGB. getroffenen Bestimmungen gehört mit zur Aufgabe der Handelskammern, die nach § 126 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verpflichtet sind „die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen . . . . zu unterstützen"; sie müssen darauf achten, daß in allen Fällen der Umwandlung bestehender Unternehmungen in eine A.-G. die Vorschriften des § 186 II HGB. befolgt werden; denn es kann dem Registerrichter in aller Regel eine so eingehende Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse nicht zugemutet werden, daß er sieht, ob in den Fällen, wo die Bargründung einer A.-G. zum Handelsregister angemeldet wird, der Verdacht einer Umgehung des § 186 begründet ist.

IV. Bisweilen findet sich auch in der Praxis die Form, daß eine A.-G. als reine Bargründung errichtet wird und die

1) siehe Staub zu § 186 Anm. 16 β.

2) so Staub zu 186 Anm. 16; ebenso K. G. J. 33, A 314 u. J. W. 04, 182, 29.

3) Staub 186 Anm. 17.

G. m. b. H. daneben völlig selbständig bestehen bleibt. Sie verpachtet nur ihr Handelsgeschäft an die A.-G., das von dieser weiter betrieben wird; oder aber die G. m. b. H. schließt mit der A.-G. einen Vertrag des Inhalts ab, daß sie selbst als Fabrikationsgesellschaft bestehen bleibt, während die A.-G. den Vertrieb der Erzeugnisse übernimmt, so daß also die G. m. b. H. im Dienstverhältnis für die A.-G. arbeitet.

Diese Form gehört, genau genommen, nicht mehr in den Kreis unserer Betrachtung, denn um eine „Umwandlung" handelt es sich hier nicht, da von einer „Übertragung der Gesellschaftssubstanz in eine neue Form", was wir mit Wiener[1]) als Wesen der Umwandlung gekennzeichnet hatten, hier nicht die Rede ist. Aber da der erzielte Erfolg, wenigstens für die Frage der Finanzierung[2]) ein ähnlicher ist, müssen wir auf diese Form wenigstens kurz hinweisen.

Drei Gründe sind es, die, einzeln oder gemeinschaftlich, zur Wahl dieser Form führen können. Einmal das Bestreben, die Grunderwerbssteuer zu ersparen, die wir oben[3]) gezeigt, nicht nur bei Eigentumsübergang, sondern auch schon bei der Vereinigung aller Anteile der G. m. b. H. fällig wird[4]); es werden deshalb vor allem Gesellschaften mit ausgedehntem Grundbesitz diesen Weg gehen: häufiger aber noch wird der zweite Grund zur Wahl dieser Form führen, durch die nicht unerhebliche Ersparnisse an Kapitalverkehrs-(Gesellschafts-)Steuer zu erzielen sind. Denn es ist durch sie möglich, die Gründung der A.-G. mit wesentlich geringeren Kapitalsummen durchzuführen, da der größte Teil der Aktiva (Grundstücke, Gebäude, Maschinen) bei der G. m. b. H. bleibt, von der A.-G. also nicht übernommen werden muß. — Der dritte Grund, der zur Wahl dieser Form führen kann ist der, daß die Gesellschafter der G. m. b. H. die in dieser steckenden Realwerte nicht aus der Hand geben und andere durch Einbringung in die A.-G. daran teilnehmen lassen wollen.

B. Unsere Zusammenfassung der in der Praxis gebräuchlichen Verfahren bei der Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. können wir nicht abschließen, ohne einen kurzen Blick auf die firmenrechtliche Seite zu werfen. Aus leicht verständlichen

---

1) Z. H. R. 27, 333.
2) siehe oben S. 13 ff.
3) siehe S. 20 f.
4) Gr.-Erw.-St.-G. § 3.

materiellen wie ideellen Gründen wird man auf Beibehaltung der Firma der G. m. b. H. Wert legen, denn dadurch wird größtmögliche „Kontinuität des Unternehmens“ [1]) erreicht. Da, wie wir dargestellt haben, in unserem Falle die Umwandlung nur auf dem Wege der Neugründung einer A.-G. und der Auflösung der G. m. b. H. geschehen kann, da also das Rechtssubjekt ein anderes wird, so ist die Beibehaltung der von der G. m. b. H. geführten Firma durch die A.-G. nur auf Umwegen möglich.

Bei dem unter I [2]) geschilderdem Wege zur Umwandlung wird die A.-G. alleinige Gesellschafterin der G. m. b. H. Das berechtigt sie noch nicht, deren Firma zu führen, so wenig die Vereinigung aller Anteile an der G. m. b. H. in den Händen einer physischen Person nach außen irgendwie in Erscheinung tritt.

Der Übergang der Firma ist vielmehr nur so möglich, daß auf die A.-G., die vorher unter einem anderen Namen gegründet wurde, Geschäft und Firma der G. m. b. H. übertragen werden. Die A.-G. ändert dann ihre Firma entsprechend um. Selbstverständlich hat sie den Zusatz G. m. b. H. zu streichen und durch „A.-G.“ zu ersetzen [3]); denn infolge des das Firmenrecht beherrschenden Grundsatzes der Firmenwahrheit sind Zusätze, die Täuschungen des Verkehrs hervor zu rufen geeignet sind, unstatthaft.

Infolge des Grundsatzes der Firmenausschließlichkeit, — d. h. jede Firma muß sich von andern an demselben Orte bestehenden deutlich unterscheiden, — muß die G. m. b. H., soweit sie noch in Liquidation weiterbestehen soll, ihrerseits eine neue Firma annehmen. [4])

Will man aus den oben [5]) dargelegten Gründen eine Veräußerung des Vermögens der G. m. b. H. an die A.-G. vermeiden und auch die Vorschriften des § 73 G. m. b. H.-Ges. nicht durch vorzeitige Übertragung des Geschäftes der G. m. b. H. an die A.-G. — als einzige Gesellschafterin — als Liquidationserlös verletzen, so kann der Übergang der Firma auch anders erreicht werden: Der A.-G. werden die Leitung des Handelsgeschäfts und dessen Nutzungen übertragen. Es liegt dann ein im § 22 HGB.

---

1) R. G. in J. W. 1902, 186, 25.

2) S. 18 ff.

3) cf. HGB. 20 und Staub-Hachenburg zu 22 Anm. 13.

4) Staub-Hachenburg 80 Anm. 46 69 Anm. 38 u. „Recht“ 07, S. 138, Nr. 254.

5) S. 20 f.

geregeltes Pachtrechtsverhältnis an einem Handelsgeschäft vor, das die A.-G. berechtigt, die Firma der G. m. b. H. zu führen[1]). Auch hier hat sie den Zusatz „G. m. b. H." durch „A.-G." zu ersetzen.

§ 6.

I. Es wurde im Verlauf der Arbeit gezeigt, daß die Rechtsordnung die Frage der Umwandlung von Fall zu Fall verschieden behandelt. Der Grund für diese Ungleichmäßigkeit der Behandlung dürfte wohl darin zu suchen sein, daß unser Recht sich in einer noch nicht abgeschlossenen Entwicklung[2]) befindet, die, wie schon ein Vergleich des alten HGB. mit unserem heutigen Recht zeigt, auf eine weniger schroffe Abschließung der einzelnen handelsrechtlichen Gesellschaftsformen untereinander, auf eine Erleichterung des Übergangs von einer zur anderen hinzielt. Im alten HGB. war nur der Fall der Fusion zweier Aktien-Gesellschaften miteinander geregelt. In allen anderen Fällen setzte die Umwandlung der Unternehmungsform Auflösung der einen und Neugründung der anderen Gesellschaft voraus; die Übertragung des Vermögens erfolgte nach den allgemein geltenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, d. h. Übergabe bei beweglichen Sachen, Auflassung und Eintragung bei Grundstücken, Abtretungen bei Forderungen. Die in anderer Beziehung so bedeutungsvolle Reform des Aktienrechts vom Jahre 1884 brachte nur einen kleinen Fortschritt, indem die Umwandlung einer Kommandit-Gesellschaft auf Aktien in eine A.-G. erleichtert wurde. Einen weiteren wesentlichen Fortschritt brachte das Genossenschaftsgesetz von 1889 für die Fälle der Umwandlung der einen Art von Genossenschaften in eine andere. Hier wird zum ersten Male der Gedanke der Erhaltung des Rechtssubjekts durchgeführt, während bisher die Erleichterung nur mit dem Mittel der Gesamtrechtsnachfolge erreicht wurde. Das Gesetz betr. die G. m. b. H. von 1892 bekannte sich in seinem § 80 bei Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H. wieder zum Gedanken der Gesamtrechtsnachfolge. Auf der Linie der von den erwähnten Gesetzen angebahnten Entwicklung hielt sich auch das neue HGB.; so gibt es für die Verstaatlichung einer A.-G. oder Kommandit-Gesellschaft auf Aktien in § 304 (320 II) den Parteien die Möglichkeit, vertraglich Gesamtrechtsnachfolge

1) O. L. G. 27, 300.
2) Lehmann Z. H. R. 50. 46.

herbei zu führen, während für die Umwandlung einer Kommandit-Gesellschaft auf Aktien in eine A.-G. der Gedanke der Erhaltung der Rechtssubjektivität durchgeführt ist[1]).

Wir haben oben[2]) gezeigt, daß wir nach dem heutigen Stande unsrer Gesetzgebung drei verschiedene Behandlungsweisen der Fälle der Umwandlung juristischer Personen des Handelsrechts zu unterscheiden haben; es ist jedoch nicht möglich, dieser gesetzlichen Regelung, die sich offenbar nur nach dem jeweils vorhandenen Bedürfnis richtete, einen leitenden Gedanken zu entnehmen, vielmehr ist sie vielfach recht willkürlich. Eines der von Lehmann[3]) gebrachten Beispiele wird genügen dies zu zeigen: Während § 80 G. m. b. H.-Ges. die Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H. unter dem Gesichtspunkt der Gesamtrechtsnachfolge behandelt, hat es nicht das gleiche für den Fall der Umwandlung einer Kommandit-Gesellschaft auf Aktien in eine G. m. b. H. bestimmt. Wollte man für diesen Fall den kürzesten Weg, nämlich Auflösung und Neugründung vermeiden, um der Vorteile der Gesamtrechtsnachfolge teilhaftig zu werden, so wäre dies nur auf dem umständlichen und kostspieligem Wege der Umwandlung in eine A.-G. nach HGB. § 332 möglich; die so entstandene A.-G. könnte sich dann nach G. m. b. H.-Ges. § 80 in eine G. m. b. H. verwandeln.

Auch für den von uns behandelten Fall, der in der Praxis der letzten Zeit so häufig vorkommt, läßt das Gesetz irgendwelche besonderen Bestimmungen vermissen, während der umgekehrte Weg, der in der Praxis wohl kaum je vorkommen dürfte, eingehend geregelt ist. Der Grund dafür ist wohl darin zu suchen, daß der Gesetzgeber den Aktien-Gesellschaften, die diese Rechtsform nur mangels einer passenderen Möglichkeit gewählt hatten, den Weg zur G. m. b. H. ebnen wollte.

II. Betrachten wir nun, inwieweit die heutige gesetzliche Regelung des von uns behandelten Falles zweckmäßig ist.

Da die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. als Wechsel des Rechtssubjekts erscheint, so gehen mit der G. m. b. H. auch die ihr zustehenden höchstpersönlichen Rechte (z. B. Nießbrauch) unter. Gleichzeitig werden zahlreiche andere Rechtsverhältnisse aufgelöst: Der für die G. m. b. H. eingetretene Bürge,

1) so h. M. vor allem Lehmann Z. H. R. 50, 39. Staub 332 Anm. 1. O. L. G. 22, 24. K. G. J. 25 A 288. Anders Fischer S. 435 Anm. 1.

2) S. 15 f.

3) Lehmann Z. H. R. 50, 46.

das für ihre Schuld bestellte Pfand haften nicht für die A.-G., Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse, die durch die G. m. b. H. erteilt waren erlöschen, das Fortbestehen von Dienst-[1]) und Agenturverträgen wird ebenso in Frage gestellt wie das von Kreditgewährungs- und Versicherungsverträgen: im Handelsregister muß die Auflösung der G. m. b. H. und die Errichtung der A.-G. mit allen Formalitäten und Kosten angemeldet und in den Zeitungen bekannt gemacht werden. Daß auch die Fortführung der alten Firma nur auf kostspieligen Umwegen zu erreichen ist, wurde oben[2]) gezeigt.

Die Veränderung des Rechtssubjekts wird aber vor allem auch fühlbar, wenn die umzuwandelnde Gesellschaft im Prozesse liegt. Zu seiner Übernahme durch die A.-G. bedarf es der Zustimmung des Prozeßgegners.[3]) Wird diese versagt, so bleibt der Prozeß bei der G. m. b. H. anhängig, allerdings wirkt das Urteil nach §§ 325, 727 Z. P. O. für und gegen die A.-G., die die im Streit befangene Sache oder den streitigen Anspruch von der G. m. b. H. übernommen hat. Man muß mit Jäger[4]) annehmen, daß solange noch ein Prozeß nicht rechtskräftig entschieden ist, die „Vollbeendigung“[5]) der Gesellschaft ausgeschlossen ist, worin u. U. für die Gesellschafter eine große Härte liegen kann. Denn die Liquidation, oder wie O. v. Gierke[6]) es treffend ausdrückt „das körperschaftliche Nachleben“ dauert eben so lange, als noch irgendwelche Nachwirkungen der G. m. b. H. zu regeln und abzuwickeln sind.[7]) Lehnt man diesen Standpunkt ab, so könnte man entweder zu der Annahme kommen, daß die beklagte Gesellschaft sich durch Vollbeendigung dem Prozesse entziehen könnte, ein unmögliches Ergebnis, das dem den ganzen Prozeß beherrschenden, vor allem in § 265 Z. P. O. klar hervortretenden Gedanken widerspräche, daß eine Partei sich aus dem „Prozeßrechtsverhältnis als einer im öffentlichen Recht begründeten Gebundenheit“[8]) nicht einseitig entziehen kann. Oder aber man müßte eine entsprechende Anwendung des § 239 Z. P. O.

1) cf. hierzu Markower zu § 22 III h.
2) S. 24 f.
3) § 265 II Z. P. O.
4) S. 57.
5) R. G. 46, 40.
6) S. 884.
7) cf. auch Kisch S. 570.
8) so Jäger S. 57.

zulassen, wo die Folge des Wegfalls natürlicher Personen geregelt ist und wo Unterbrechung des Verfahrens eintritt. Eine derartige Analogie käme gegebenenfalls bei Gesamtrechtsnachfolge des Erwerbers in das Gesellschaftsvermögen in Frage,[1]) nicht aber in unserm Fall, mangels gleichartiger Verhältnisse; denn § 239 Z. P. O. geht von dem Fall der durch Wegfall der Partei hervorgerufenen Gesamtrechtsnachfolge aus.

So sehen wir, daß durch den Standpunkt, den das Gesetz unserm Falle gegenüber einnimmt, einerseits vermeidbare Schwierigkeiten geschaffen, andrerseits eine Menge natürlicher Verkehrsfäden zerrissen werden, daß die Praxis gezwungen ist, zeitraubende, kostspielige und umständliche Wege zu suchen, um zu einem Ziele zu gelangen, das ihr die Notwendigkeit gebieterisch weist. Der einzige Erfolg dieses Weges ist, daß den staatlichen Kassen gewisse Steuern und Gebühren zufließen, über deren Berechtigung in unserm Falle immerhin Zweifel bestehen könnten.

III. Es liegt kein Grund dafür vor, einer Beibehaltung der derzeitigen Regelung das Wort zu reden. Wenn dafür Sorge getragen wird, daß kein Gläubiger benachteiligt und daß kein Gesellschafter zu Leistungen gezwungen wird, zu denen er nach seiner Beitrittserklärung nicht gezwungen werden konnte, so ist nicht einzusehen, warum für die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine A.-G. andere Regeln gelten sollen als für den Fall der Umwandlung einer Kommandit-Gesellschaft a. A. in eine A.-G. Denn im Grunde sind „alle diese Typen von Kapitalgesellschaften ja doch nur verschiedenartig geformte juristische Personen“ [2]) und ihre Umwandlung ist nichts weiter als eine Verfassungsänderung. „Es liegt im Wesen aller Persönlichkeit, daß sie im Wechsel der Verhältnisse stets sie selbst bleibt. So ist denn auch die rechtliche Identität im Wechsel der rechtlichen Schicksale von je als Wesensmerkmal der juristischen Personen betrachtet worden“.[3]) Aber nicht nur, daß der Gedanke der Erhaltung der rechtlichen Identität der juristischen Konstruktion nicht widerspricht: Die Bedürfnisse des Verkehrs verlangen zwingend seine Durchführung. Dem Verkehrsbedürfnisse zu dienen aber wird stets eine Hauptaufgabe der Rechtsordnung sein.

1) cf. Hellwig S. 568 u. Staub zu 304 Anm. 9.
2) Lehmann i. Festg. f. Cohn S. 24.
3) O. v. Gierke S. 809.

Benutzte Literatur.

1. Ball: Einführung in das Steuerrecht. 1920.
2. Bauer: Aktienrechtliches Handbuch. 1908.
3. Beuck: Steuerlich zweckmäßige Gesellschaftsformen. 1920.
4. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 1900.
5. Dorst: Die notarielle Beurkundung, II. Teil. 1922.
6. Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB. 1910.
7. Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1920.
8. Fischer: Die Personenvereinigungen in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. 1916.
9. Julius von Gierke: Handelsrecht. 1921.
10. Otto von Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.
11. Hellwig: System des Zivil-Prozeßrechts I. 1912.
12. Isay: Das Recht am Unternehmen. 1910.
13. Jacusiel: Nutzungsrechte am Handelsgeschäft. Berliner Diss. 1906.
14. Jäger: Die offene Handelsgesellschaft im Zivil-Prozeß, in der Leipziger Festgabe für Sohm. 1915.
15. Jung: Über die Unterschiede der G. m. b. H. und der A. G. Marburger Diss. 1897.
16. Keyssner: Die Aktiengesellschaften. 1873.
17. Kisch: Parteiänderung im Zivil-Prozeß. 1912.
18. Lehmann: Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungen in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht (ZHR.) 50, S. 1 ff.
19. Lehmann: Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht, in der Festschrift für Cohn. 1915.
20. Lehmann: Recht der Aktiengesellschaften. 1904.
21. Lehmann-Ring: Das HGB. für das Deutsche Reich. 1913.
22. Markower: HGB. mit Kommentar. 1913.
23. Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht I. 1921.
24. Pfau: Die G. m. b. H. verglichen mit der A. G. Erlanger Diss. 1897.
25. v. Rohrscheid: Die A. G. und die G. m. b. H., eine vergleichende Studie. Leipziger Diss. 1906.
26. Staub: Kommentar zum HGB. 1921.
27. Staub-Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. 1913.
28. Wieland: Handelsrecht I. in Bindings Handbuch. 1921.
29. Wiener: Umwandlung u. Fusion von Gesellschaften ZHR. 27, S. 333 ff.
30. Wolff u. Birkenbihl: Die Praxis der Finanzierung. 1908.

J. W. = Juristische Wochenschrift.
Recht = Das Recht: Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reiches.
Z. f. A. G. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschr. Haftung. Herausgegeben von Bauer.
R. G.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
O. L. G.: Mugdan u. Falkmann, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
K. G. J: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
R. F. H.: Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.

Lebenslauf.

Als Sohn des Fabrikanten Walther Hensel und seiner Ehefrau Elisita geb. Liebich wurde ich, Carl Walther Hensel, am 8. Oktober 1899 zu Mannheim geboren Ich bin katholischer Konfession. Nach $3^1/_2$jährigem Besuch der Bürgerschule besuchte ich vom September 1909 an das Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich nach bestandener Kriegsnotreifeprüfung im April 1918 verließ. Vom Juni 1918 bis zum Juni 1919 genügte ich meiner militärischen Dienstpflicht beim 1. Westfälischen Fußartillerie-Regiment Nr. 7 in Köln.

Im Winter-Semester 1919/20 studierte ich in Heidelberg, im Sommer-Semester 1920 bezog ich die Universität Bonn, wo ich bis einschließlich Sommer-Semester 1921 verweilte. Im Winter-Semester 1921/22 und im Sommer-Semester 1922 studierte ich an der Universität Marburg und bestand vor der Kommission für die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht zu Kassel am 2. Dezember 1922 meine erste juristische Prüfung. Am 2. März 1923 bestand ich vor der juristischen Fakultät Marburg das Rigorosum.

Seit dem 15. Januar 1923 bin ich am Amtsgericht Rheinbach (Reg.-Bez. Köln) als Referendar beschäftigt.

An dieser Stelle spreche ich allen meinen akademischen Lehrern, vor allem Herrn Professor Dr. Merk und Herrn Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard, meinen ergebenen Dank aus für die wissenschaftliche Förderung, die sie mir zuteil werden ließen.

Walther Hensel.